

法治必勝

江平 著

法律出版社

无边
Borderless
下

法治必勝

江平 著
赵国君 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治必胜 / 江平著. —北京: 法律出版社, 2016. 4
ISBN 978-7-5118-8589-0

I. ①法… II. ①江… III. ①社会主义法制—建设—
研究—中国 IV. ①D920.0
中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第252691号

法治必胜

江 平 著 赵国君 编

责任编辑 高 山 黄倩倩

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 7.25 **字数** 158千

印次 2016年4月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

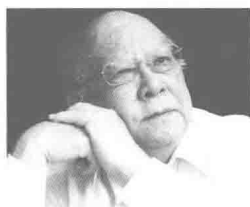
深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-8589-0 **定价:** 45.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

|天
Borderless
|下

博稽古今 融汇天下



作者简介

江平，中国著名法学家，1930年12月出生，浙江宁波人，中国政法大学终身教授、民商法学博士生导师。

1948年至1949年就读于燕京大学新闻系。1951年入莫斯科大学法律系，1956年毕业回国进入北京政法学院（中国政法大学前身）任教。1983年至1990年历任中国政法大学副校长、校长。是第七届全国人大常委、全国人大法律委员会副主任。1988年至1992年任中国法学会副会长。2001年10月12日，被授予中国政法大学“终身教授”称号。享受国务院特殊津贴待遇。

江平教授被收入英国剑桥世界名人录并被收入中国多种版本的著名学者、著名法学家名录。



编者简介

赵国君，法律学者。“中国律师观察网”(www.ccwlawyer.cn)创办人。曾编著：《与正义有关：中国律师纵横谈》《耄耋律师仍少年：张思之大律师八十华诞纪念文集》（与孙国栋合编）《站在纳税人这一边：中国税收访谈录》《读懂财富：茅于軾文集》《我心自由：杜尚传》《别怂》等。

因,在那里待不下去,就找到江老师求助,他使我很快地回到了学术单位。可以说,在那个极其困难的时刻,是江老师把我又拉回到学术界。所以,每念及此,我总是对江老师心存感激。

我觉得江老师的精神可以从三个层面去理解:

第一,他有着非常强烈的令人感动的道德勇气。这种道德勇气可以说是延伸到他生活的每个环节。江老师有深切的家国之忧,并对民族的命运一直保持着最强烈的关注。他有一句名言,他也常常将其题给他的学生们:“只向真理低头。”江老师60岁寿辰时,中国政法大学的毕业生们自发地为江老师祝寿。在祝寿活动进入高潮的时候,我们都要求江老师表演一个节目。江老师走路不太方便,但是我们还是看到他步履的坚定。他用英文演唱了美国工会运动的一支歌曲,叫《我们绝不动摇》。看到这个场面,在场的每一个人的心灵都深受震动。一个民族、一个国家需要有自己的脊梁,而江老师就属于这样的脊梁,而法治社会的建立靠的也就是这样的脊梁。

第二,江老师身上体现的是知识分子的尊严。在相当长的时间里,知识分子一直被视为依附性的群体,他们只是为特定阶级服务,缺乏独立的品格。直到今天,知识分子如何保持独立的品格,仍是我们每一个人都经常要面对的考验。江老师是著名学者,他的学术领域不仅仅在民商法,还在其他的许多领域,近年来尤其关注宪法问题。江老师意识到民法得以具有生命,离不开一个良好的宪治环境。江老师对于

在中国建设宪治体制所面临的问题有敏锐的洞察,他的言说在理论高度和立论的独立性上都超越了某些一辈子研究宪法的学者,显示了江老师真正拥有知识分子的尊严、智慧和品格。

第三,江老师不断提携后学的精神感人至深。在 70 岁的时候,他拿出自己的积蓄,宣布成立“江平民商法学基金”,对于那些在法学学习和研究上成绩突出的学子加以表彰。同时,江老师足迹踏遍大江南北,给各种各样的人讲课,这些人都通过学习不仅了解了民商法的知识,还了解了江老师的精神以及他博大精深的学问。我认为江老师在我们这个时代里对于后学而言,可以说是影响最大的教师之一,是我们这个民族的法学老师。

江老师内心充满着对生活和我们这个世界的热爱。他喜欢古典音乐,也是一个级别很高的球迷,对于世界杯和欧洲杯的转播,江老师也和年轻人有同样的热情,后半夜三点爬起来看球,第二天又兴致勃勃地参与学术研讨。那样充沛的精力让年轻人也自叹弗如。今天,这样的仪式让我为江老师感到由衷的高兴,也不免让我对于未来有一份企盼,希望将来我 74 岁的时候也能够受聘成为法学所的荣誉研究员,也有江老师这样健康的身体,更重要的是,有江老师这样的精神。谢谢大家!

目 录

第一编 私权神圣

民法典:建设社会主义法治国家的基础——关于制定民法典的

几点意见	3
日本民法典 100 年的启示	9
真正的公平是机会平等	15
民法文化初探	25
公权不能任意侵犯私权	46
国企最危险的是变成私人金库	56

第二编 法学教育

新和旧:政法大学的老教授们	63
大学当独立	66
终生不悔——四十年执教有感	69
七十回首	72

沉思与怀念——纪念谢怀栻老先生	76
-----------------	----

第三编 律 师 谈

做人与做律师	85
为权利而斗争的中国律师——漫谈律师形象与使命	116
法治必胜	146
律师是真正的先知	151
发扬思之精神	161

第四编 依 法 治 国

国家与社会关系的转变——论中国现今法律观念之变化	167
党的领导与依法治国	181
全球化、现代化与本土化	187
关于宪法修改的几点看法	195
中国的法治需要呐喊	199
宪法与民主政治	203
新常态经济应减少国家干预	205
法治兴,则中国兴	212

编 后 记

吹尽狂沙始到金	219
---------	-----

第一编 私权神圣

民法典：建设社会主义法治国家的基础

——关于制定民法典的几点意见

《法律科学》杂志组织这次中国民法典的制定笔谈会，我觉得是一件非常有意义的事情。正如这次笔谈会的命题所表明的那样，民法典的制定是“建设社会主义法治国家的基础”。或许正因为如此，应该充分认识到，民法典的制定是一项宏伟而艰巨的工程，它不大可能像其他法律的制定那样能在短时间内完成，可能需要三五年，甚至七八年。为了使这一历史性的立法工程有一个整体、全局性的宏观设计，我仅就有关问题谈几点看法：

首先需要处理好基本法与单行法的关系。《民法通则》制定的时候是以大量民事单行法为其立法指导思想的，那么，现今制定民法典时，是否仍然需要民事单行法？我认为，未来的民法典不该是一部包拢一切民事法律关系的“大而全”的民法典。由于社会经济生活、家庭生活以及民事权利的发展和迅速变化，尤其是在我国社会转型时期，不仅想把一切民事关系都规定详尽周延是不可能的，而且根据一些国家和我国台湾地区的经验来看，类推在民法中不但不会消

除,而且还会成为法律制定和适用的一个方法,得到更大的适用。

那么,有哪些内容需要纳入民法典之中,又有哪些东西作为民事单行法最为适宜呢?1986年《民法通则》通过前后,以及我们可以预见的立法规划中,属于民事或与民事有密切关系的单行法大体可以概括为十类:商事和商事企业法,知识产权法,合同法,婚姻、家庭、继承关系法,不动产法,特殊交易形式法律如拍卖法以及正在起草的招标投标法等,交易安全保障法如担保法,特殊侵权行为法如环保法等。公法与私法高度融合的法律如国有资产法、国家赔偿法和有关国家订货的法律。以及传统大陆法系国家民法典不能包括的从英美普通法中引进的法律制度如信托法等。在这些单行法中,我们有把握地纳入民法典的只是合同法、担保法、继承法和不动产物权法。争议较大的则是家庭婚姻法。从民法所调整的市民社会关系来看,它包括两大物质生活:一类是人类为了满足自身生存物质需要的经济关系;另一类是人类为了使自身能得到种族延续的婚姻家庭关系。这两类关系均属于民法所调整的平等主体之间的关系。所以,我认为,在起草新民法典时,似应按各国民法典之通例,将这部分关系纳入民法典之中,以避免造成这样一种误解:似乎我国民法只调整平等主体之间的商品交换关系。至于其他一些单行法仍应保留其单行法形式,不应当把它们纳入作为基本法的民法典之中,以免形成“大一统”民法典所造成的庞杂、混乱,使其缺乏基本法的科学性。

第二点是关于外国法的借鉴与吸收问题。如果说1986年制定《民法通则》时的争论是民法与经济法之争的话,那么,今天制定民法典,这种争议意义已经不大了,或者没有多大争议了。今天制定民法典的主要争议可能是在多大程度上采用英美法模式和如何采用英美法模式的问题。既然采取民法典的立法体例而不采取“法官造法”的判例法形式,也就失去了从根本上采取英美法的可能;但吸收一些英美法的先进制度、规则则不仅可能,而且必要。从世界趋势来看,大陆法和英美法已经不是水火不相容的了。在一些国际统一法律文件中,不乏成功地把二者融合在一起的先例。我们也不否认,“二战”后一些国家和地区,在民法,尤其是商法方面受到了英美法越来越多的影响。从我国来看,《民法通则》就将担保统一放在债的担保之内,而没有按严格的大陆法理论体系将物的担保放在物权之中,把人的担保(保证)放在债权(保证合同)之中。我国担保法的出台继续采用了这一格局,并且把《美国动产担保交易法》的一些做法吸收进来,如扩大实行不转移占有的动产抵押制度。再一个例子就是代理制度。《民法通则》实施十多年来,代理概念有不断扩大的趋势。现今的外资代理以及正在试行的内贸代理制,已经不是原有代理概念所能包括的;统一合同法的制定以及有关部门正在制定的《经纪人法》,都在试图以英美法的制度来突破现有的大陆法框架。

第三点是关于公法与私法的界定问题。公法与私法在法律上如何界定远比它在法学原理上如何划分要难得多。

现今的世界上恐怕很难找到一部不掺入任何一点点公权力的民法典,但这绝不能改变也不应该改变民法典的私法性质。在以调整平等主体关系为主的单行法律中,有关行政权力的管理性规定越来越多了,但它们仍不失其为私法性质的法律。譬如,商标管理就是一例。但是,我们必须非常明确而坚定地说,商标管理,绝不同于枪支管理,它的全部目的就在于保障商标专用权人的权利不受到侵犯,仅此而已。还有一些法律则是明显地把私法性质的法律与公法性质的法律硬性地糅合在一起,如正在审议中的信托法就是将信托法与信托业法放在一起的。类似的还有证券法、期货法、保险法以及铁路法等。这样,在理解这些法律的性质时就不能单纯地以私法对待。可以说,公法与私法是一回事,而在一部法律中既有公法又有私法则是另外一回事。但我们应当尽量地有一个基本性质的划分,不要在立法中因此而造成混乱。有关土地权利和土地管理的法律可能是我国现行法律体系中公法与私法关系中最混乱的一部分。我认为,在制定民法典时,台湾模式可以借鉴。台湾将有关土地权利的规定均放在民法典的物权篇中,而土地法则是有地政方面的规范。私法与公法泾渭分明,避免了相互之间的重复和矛盾。公法与私法的界定还表现在民事合同与行政合同的关系上。近年来,行政法学者提出了行政合同概念,姑且勿论行政合同是否存在或到底哪些合同属于行政合同范畴,仅就其适用而言,它是否适用于合同法或将来的民法典,这是必须要探讨清楚的问题。

第四点是民法与商法的关系如何对待。认识民法与商

法的关系必须坚持两点论:一是民商融合是趋势;二是民商仍有划分必要。就立法体例而言,形式上将已经颁布的诸如公司法、票据法、海商法、保险法再统一到一部商法典中确无必要,因此,让它们依然按照商事单行法的模式继续存在自然是顺理成章的。就商法总则而言,有两种模式:一是民法典中规定,完全实行民商合一;二是在民法典之外另立一部商事通则,依照当初《民法通则》的模式,将有关商事总则的内容加以规定。我个人认为采取第二种模式更为简便可行,如把它们放在民法典中会显得过分累赘,不能突出商法的特征。

第五点谈谈主体法与行为法。民事权利归根到底要反映在主体法中或行为法中,前者是法定的权利,后者在很大程度上属于约定的权利。主体法中的根本问题仍是11年前制定《民法通则》时争论的一个问题,即要不要承认除自然人和法人之外的第三民事主体——非法人团体。《著作权法》规定了非法人单位的民事权利,这就不可避免地要在民法典中加以规范。非法人团体中最为典型的莫过于合伙组织,《民法通则》将合伙作为主体法加以规定,最近颁布的《合伙企业法》也是按照主体法的思路制定的。然而,另外,《合伙企业法》又规定了(也无法不规定)作为行为法的合伙合同关系,正在起草的统一合同法又是将合伙作为典型合同加以规定的。既把合伙规定在主体法中,又把合伙规定在行为法中,必然造成内容的重复,将来的民法典不论把合伙规定在主体法抑或是行为法中又将与作为单行法的《合伙企业法》发生冲突。同样的问题存在于正在起草的“经纪人

法”中。如何处理好主体法与行为法的关系,必须慎重考虑,科学定位。这不仅仅是一个法律技术问题。考虑到主体法具有国家管理监督问题,合同法则更具有契约自由、意思自治性质,二者的取舍涉及法律政策的导向问题。

最后谈一谈强制性规范与任意性规范的运用问题。强制性规范即国家意志优先于当事人自己意志的规范,而任意性规范则是当事人意志优先于国家意志的规范。调整市场经济平等主体的法律必须同时具有这两类规范,才能有治而不乱的法律秩序。在制定民法典时就要考虑如何巧妙艺术地运用这两类规范。在物权法领域实行的是物权法定主义,但在我国物权法律制度还不完善的时候,就不能绝对地说,法律没有规定的物权形态均属于不合法如典权。因此,只有在我们有了一部完善的民法典时,才能真正实行物权法定主义。在主体法中也应当明确企业法定主义原则,即只有法律规定的企业形态才是合法的,法律没有规定的,任何人不得创制和设立。至于在合同法领域,毫无疑问,不实行法定主义。人身权领域同样不应实行法定主义。未来的民法典将会对人身权做出更加周延的规定,但我们仍然不能说,民法典没有规定的,均属非法。有这样一条原则对保护公民和法人的正当权益是完全必要的。当然,它也不能适用合同法中的自由设定主义,这是由人身权的特征所决定的。

原载《法律科学》1998年第3期